



POR

EL CAPITAN DON IOSEPH de Orozco Iofre y Avalos.

CON

DON IVAN DE ISASAGA.

SOBRE

La propiedad del Mayorazgo que fundò el General Iuan de Avalos Iofre vezino de la Ciudad de Toledo, por escritura de 22. de Agosto del año de 1568.

1 POR La clausula de los llamamientos de que ha dado copia el Relator, consta que el Fūdador llamò. En primer lugar â su hijo D.Garcia, y à sus descendientes legitimos varones. Y en segundo â D.Gonçalo su hijo, y a los descendientes legitimos varones del. Y en tercero à su hijo D. Alonso, y á sus descendientes legitimos varones.

Y en quarto a otro qualquier hijo legitimo varon que Dios le diesse, y a los descendientes varones del legitimos. Y en quinto a Doña Eluira su hija, y a sus descendientes legitimos varones. Y en sexto a su hija Doña Isabel, y a los descendientes varones legimos della. Y en septimo a otra qualquiera hija legitima que tuuiesse, y a sus descendientes legitimos varones.

2 En este Mayorazgo sucediò D. Garcia primer llamado. Y despues D. Iuan su hijo. Y por su muerte, y auer antes fallecido Dõ Gonçalo segundo llamado, no solo sin descendencia, pero Religioso de san Francisco, sucediò D. Alonso Iofre de Avalos, llamado en tercer lugar; y por muerte suya D. Aluaro su hijo vltimo posseedor, que en el Arbol està en la *Casa* 10.

3 Por cuyo fallecimiento, que fue en Madrid à 15. de Setiembre de 1647. y no auer dexado descendiente váron alguno, y estâr entonces D. Ioseph, y sus padres en Indias, D. Iuan de Isasaga, que està en el Arbol en la *Casa* 19. pidiô possessión del Mayorazgo por biznieto de doña Eluira, *Casa* 6. y sin citacion de parte, ni mas que vna informacion sumaria desta muerte, y descendencia, se le diò sin perjuizio de tercero.

4 Despues D. Ioseph, y sus padres, teniendo noticia desta vacante, embiaron poder: en cuya virtud se puso por D. Ioseph demanda, como nieto de D. Alonso, hijo tercero del Fundador al dicho D. Iuan de Isasaga, pidiendo se declarasse auer èl sucedido por muerte del dicho D. Aluaro su tio hermano de su madre en el dicho Mayorazgo, y en todo lo a èl agregado, acrecentado, ò subrogado, ò que en qualquier manera le pertenezca, y que se condene al dicho D. Iuan, a que todo ello se lo restituya, y entregue cõ los frutos, y rentas q̃ ha rentado, y podido rentar desde el dia de la dicha muerte, hasta la real entrega, y restitucion de todo.

5 Y auiendose seguido el pleito, dieron sentencia los Alcaldes D. Martin de Lanuza, y D. Vicente de Bañuelos su acompañado, en que absoluieron a D. Iuan de Isasaga de la dicha demãda.

6 De la qual sentencia ha apelado D. Ioseph, y pretende se reuoque, y se haga, y prouea como en la dicha su demanda se contiene.

Y parece euidente su justicia por los fundamentos que se siguē.

FUNDAMENTO PRIMERO.

7 El primero fundamento es la disposicion del Mayorazgo: por-

porque, como ya se ha dicho, despues de D. Garcia, y D. Gonçalo, que estàn en el Arbol en la *Casa 2. y 3.* y de los descendientes legitimos varones dellos, fue llamado D. Alonso, *Casa 4.* y sus descendientes legitimos varones. Y no ay, ni auia al tiempo desta vacante, causada por muerte de D. Aluaro hijo del dicho D. Alonso, descendiente alguno varon de los dichos D. Gonçalo, y D. Garcia; y el que auia de D. Alonso es solo D. Ioseph, por ser su nieto. Con q̃ està en el propio caso de su llamamiento: Et consequenter in se habet rotundum casum legis, seu dispositionis.

8 Y no puede D. Iuan, que està en la *Casa 20.* hazerle competencia, porque su llamamiento no ha llegado, supuesto que doña Eluira, y sus descendiẽtes legitimos varones, vno de los quales pretende ser D. Iuan, fueron llamados despues de D. Garcia, D. Gonçalo, y D. Alonso, y de otro qualquier hijo varon legitimo que el Fundador tuuiesse; y despues asimismo de todos los descendientes legitimos varones de todos estos hijos dél. Demanera que precedieron quatro llamamientos al de doña Eluira, y sus descendientes legitimos varones: y la sucession està al presente en el tercero, con que el quinto no puede auer lugar aora. Y asi es notoria la prelacion de D. Ioseph contra D. Iuan.

9 Y aunque los llamamientos de los descendientes varones legitimos de don Gonçalo, y don Alonso no estan dispositiuamẽte hechos, sin embargo bastantemente se formaron con auerlos puesto en condicion el Fundador, passando à hazer otros llamamientos, sub ea conditione, *si don Gonçalo, y don Alonso muriessen sin dexar descendientes legitimos varones*: porque no obstante que sea punto controuerso, si los hijos que en condicion se ponen, se entiẽde estar, ò no llamados, vt per glos. fin. in *l. Lutius Titius la 2.* quæ in ordine est 85 *ff. de hæredib. instituend.* & per Fusar. *de substit. quæst. 437. per tot.* nihilominùs, en mayorazgos de España es corriente, y sin disputa, que lo estan, y de la misma manera que si expressè, & specificè vocati fuissent, como lo assienta el señor Luis de Molina *de Hispanor. primog. lib. 1. cap. 6. num. 2. & 3.*, don Iuã del Castill. *controuers. lib. 2. cap. 12. num. 2. vers. Quarto etiam, & lib. 4. c. 9. num. 37.* & cum Menchaca Surd. *cons. 241. num. 43. lib. 2.*

Siguense las oposiciones de don Iuan.

OPOSICION PRIMERA.

10 Esta es dezir, que pues en este mayorazgo estan todas las

hem-

hembras excluidas, y por el consiguiente doña Isabel de Avalos Iofre, madre de don Ioseph, tampoco el puede suceder, respeto de que el descendiente del excluso se entiende que tambien lo està, vt placuit Bald *in l. maximum vitium 4. C. de liber. præterit. n. 4. per tot.* Dom. Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 5. à num.* 41. Augustin. Barbos. *vot. 7. à n. 15. lib. 1. & voto 70. num. 12. lib. 2.*

Pero se responde, que en el caso presente està doctrina no ha lugar.

11 Lo primero, porque no procede quãdo la exclusion de alguno se haze por calidad, que en el cõcurre; y essa calidad exclusiua no se halla en el descendiente suyo, que trata de suceder: Tunc námque sucede esse descendiente sin embargo de la exclusion de su mayor, como explicando a Baldo en el lugar citado, hoc tradit Mantica *de coniectur. vltimar. volunta. lib. 8. tit. 18. num. 45. vers. Sed huic etiam rationi, in med.* ibi: *Sed dicebam aliud esse in casu nostro, quia mutato sexu, mutatur ratio exclusiua, quæ est fauor sexus masculini tãtum: ergo aliud dicendum est in filijs masculis, quam in ipsa matre*: Et *num. 72. vers. Sed huic,* ibi: *Sed huic etiam rationi dicebam satis abundè fuisse responsum, quod locum habeat quando filij succedunt ex persona matris, vel quando ratio cur mater excluditur habet etiam locum in filijs. Aliud enim est quando filij succedunt iure proprio tanquam vocati ab ipso testatore, & quando in eis cessat ratio, cur mater fuerit exclusa: tunc enim persona matris, nihil potest filijs obeße*: Et *num. 75. paulò post princ.* ibi: *Quia isti masculi succedunt ex persona propria, tamquam nominatim à testatore substituti propter sexum masculinum.* Peregrin. *de fideicõmiss. art. 26. nu. 18.* ibi: *Nisi persona illa excluderetur ob aliquam qualitatem, quæ cessaret in deriuantibus ab ea.* Corne. *cons. 21. à num. 23. volum. 1.* ibi: *Item Doctores loquuntur in casu quo persona simpliciter excluditur, non quando excluditur propter aliquam qualitatem, quæ cohæret personæ exclusæ, & non cohæret attinentibus, ea mediante.* Latè, & optimè Castill. *lib. 3. controuersiar. cap. 15. à num. 63. vsque ad 69. & lib. 5. cap. 129. à nu. 13. tom. 6.* Y aqui bien se ve que la exclusion de las hembras fue por razon de su sexo solamente, pues ellas solas fueron las exclusas; y tienē los varones expressos, y generales llamamientos; y por el consiguiente por si comprehensiuos de todos, y qualesquier varones. Y aunque pretende D. Iuan que estàn tambien excluidos los varones de las hembras, esso no tiene que ver con la question presente; porque vna cosa es estàr, ò no exclusos por si mismos, de que se tratarà en la oposicion segunda, y otra estarlò, ò no por deriuarse de persona exclusa, que es lo que esta primera oposicion contiene: en que es

llana

ex propria persona, & sic qualitas masculinitatis reperitur in eo proximi... cum testator non sit de agnatione rigurosa, sed masculinitatis.

llana la resolucion que las hembras fueron por hembras excluidas, y que essa calidad se circunscribe à solas ellas.

12 Idque augetur, atendiendo à que la exclusion no fue de hẽbras algunas en particular, y a quiẽ el fundador ya conociesse, nombrando a cada vna de por si, quia tunc videretur auerlas excluido por odio especial, que tuuiesse a los sugetos destas hembras solas, sino fue la exclusion de hembras en general, de quien no conocia mas que el sexo, atque ita esse fue la causa sola de excluirlas.

13 Lo segundo, porque tampoco la dicha conclusion se admite, sino en caso que los hijos, ù otros descendientes necessitan para suceder de representar la persona de su ascendiente excluso, pero no quando por sus personas mismas la succession les toca por tener llamamiento propio ellos por si, tunc nāq; medium, à quo procedunt, non cõsideratur, sed ab eo indepẽdẽter ipsimet succedunt, Bart. in *l.* 1. §. *si sit nepos, ff. de collat. dotis ante num.* 1. *in med.* ibi: *Tamen in veritate isti nepotes ex persona sua succedunt, non ex persona patris eorum*, Mātic. *de coniectur. vltim. volunt. d. lib.* 8. *tit.* 18. *num.* 75. *col.* 2. *ante med.* ibi: *Sed in proposito nostro isti nepotes ex D. Helena non succedunt ex persona matris, nec eius personam representāt: ergo ex verbis, & mente Baldi non debent excludi: quoniam ratio, quæ mouit ipsum testatorem, scilicet fauor generis masculini, eos non excludit, sed includit*, Peregrin. *de fideicommiss. artic.* 26. *num.* 6. *& artic.* 27. *num.* 9. ibi: *Imò sæpè conceditur, vt licet mater sit inhabilis, masculus tamen ex ea procedens habilis sit: veluti in concessionibus pro se, & masculis quibuscumque ab eo prouenientibus, nam etiam masculus ex fœmina, licet inhabili, in ea concessione continetur, quia non ex persona matris, sed ex propria venit*, & ibi alteros adducit, & latè cum pluribus Castill. *lib.* 3. *controuersiar. d. cap.* 15. *num.* 70. 71. *&* 72. *& lib.* 5. *cap.* 129. *n.* 12. *&* 14. *to.* 6. & cum Caſanate, Fusario, D. Valēç. & alijs præclare Sueiues *cons.* 5. *n.* 18. *lib.* 3. Y en este mayorazgo constante es, q̃ por su llamamiento propio suceden los varones, pues le tienen expresso, y general, supuesto que el Fundador llamò a sus hijos, y a los descendientes legitimos varones dellos; con que no ha menester varon alguno representar a la hembra, de quien se halla descendiente, para auer de suceder. Y la dicha pretension, que don Iuan tiene, de que los llamamientos de varones no incluyeron los de hembra, no puede ser aqui de estoruo, porque son intentos diferentes, que sean mas, ò menos los llamados, ò que aquellos que lo fueren, sucedan por si mismos, ò representando a otra persona.

14 Y assi, pues no milita en don Ioseph la calidad del sexo, que excluyô a las hembras, ni el funda su pretẽsion en representar la per-

sona

ſona de ſu madre, ſino en propio llamamiento ſuyo, es en vano eſta opoſicion primera, aliud verò es controuertirle ſi tiene, ò no llamamiento, que es de lo que trata la ſegunda opoſicion, porque eſſo ſolo mira a ſu perſona, pero no a perjudicarle con la de ſu madre, a q̃ eſta primera ſe dirige.

OPOSICION SEGVNDA.

15 Dize don Iuan, que los llamamientos de los deſcendientes legitimos varones de don Garcia, Don Gonçalo, y Don Alonſo ſe entienden de varones de varones, y que aſsi, aunque es don Ioſeph deſcendiente legitimo del dicho don Alõſo, no es de los llamados, porque deſciende del por hembra: y que la razon deſto es, quod maſculis vocatis, vel in conditione poſitis, maſculi ex fœminis in ea vocatione, ſiue conditione non comprehenduntur, y para eſto alega los dichos dos lugares de Aguſtin Barboſa, que ſon el *voto 7. à num.13. lib.1. y el voto 70. a num.5. lib.2.* donde con algunos Autores que cita quiere fundar eſta opinion.

16 Pero la regla por todos recibida es en contrario, quod nèpè diſpoſitio, quæ vocat, ſeu in conditione ponit maſculos, intelligitur tam de maſculis ex fœminis, quám de maſculis ex maſculis, vt probat text. *in authent. de hæredibus abinteſta. venientib. collat 9. in initio, verſ. Si quis igitur*, ibi: *Si quis igitur deſcendentium fuerit ei, qui in teſtato moritur cuiuslibet naturę, aut gradus, ſiue ex maſculorum genere, ſiue ex fœminarum deſcendens, & ſiue ſuæ poteſtatis, ſiue ſub poteſtate ſit: omnibus aſcendentibus, & ex latere cognatis præponatur*, & inferiùs: *Nulla introducenda differentia, ſiue maſculi, ſiue fœminæ ſint, & ſeu ex maſculorum, ſeu fœminarum prole deſcendant, l.1. C. de conditionib. inſert.* ibi: *Iſque nepotem, quem filia ſuſceperat, hæredem inſtituerit, conditionem adſcriptã fideicommiſſo defeciſſe manifeſtum eſt, niſi alia defuncti voluntas euidenter probetur*. Optimus textus, & in puncto indiuidualis (qui euitari non poteſt, vt inquit Surd. *conſ.308. num.2. lib.3.*) *in cap. vnico de eo qui ſib. ſaubi, vel hæredib. ſuis maſculis, & fœminis inveſtiturã accepit in vſib. ſeudor.* donde auiendoſe dado vn feudo à vno para él, y ſus deſcendientes varones, y a falta dellos para las hembras, ſucediò que eſte muriò, dexando vna ſola hija, la qual ſe casò, lleuando el feudo en dote, y dexò quando muriò dos hijos varones; entre los quales ſe diuidiò el feudo por mitad, y el vno dexò dos hijas, y el otro vn hijo: y aunque ellas pretendieron la parte que del feudo auia tocado a ſu padre, le pidiò todo entero el hijo, defendiendo, que en todo él las preferia en virtud del llamamiento de deſcendientes varones, como

mo comprehendido en el, sin embargo, que descendia de hembra, que era su abuela, y le fue el feudo adjudicado enteramente: y esto no obstante, que los varones de hembra, segun las leyes de los feudos no suceden en ellos, vt in § *& quia vidimus, vers. Hoc autem notandum est, de ijs qui fœud. dare poss. & in cap. vnico de successione fratrũ, vel gradibus succedentium in fœudo, vtroque in vsib. fœudor.* Y la razõ fue, porque el llamamiento de descendientes varones, venciò essas leyes feudales, introduciendo en la sucession à quien ellas no admitian. Con que se manifiesta, que este llamamiento comprehende, nõ solo varones de varones, sino varones de hembra, idque etiam aduersus iuris dispositionem, quia pactum, seu forma inuestiture derogat fœudorum iuri, & proprietati, *vt in cap. vnico de dub. fratrib. à capitaneo inuestitis in vsib. feudor.* ibi: *Propter tenorem inuestituræ insertum*, notat Rosental *de feudis cap. 1. conclus. 12. n. 1.*

17 Sin que obste dezir, que en este texto fueron llamadas hẽbras, y varones, y que assi no es de estrañar sucedan varones de hembras, porque esta no es la ponderaciõ que del se haze, sino que essos varones suceden antes que ellas en fuerça solamente del dicho llamamiento de varones, no obstante ser de mas remoto grado, y linea diferente.

18 Y la regla sobredicha de comprehenderse en el llamamiento de varones, assi los de varones, como los de hembras, la constituyen Paulo de Castro *in d. l. 1. C. de condit. insert. num. 3.* Matta *de success. legali, p. 1. q. 1. artic. 2. num. 1.* ibi: *Pro regula constituendum est, quod descendentiũ masculorum appellatione veniant descendentes ex fœminis*, D. Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 5. num. 48.* Mantic. *de coniectur. vltim. volunt. lib. 8. tit. 18. à num. 13 vsque ad 20. inclusiuè*, Auendañ. *in l. 40. Tauri, glos. 9. num. 74.* Surd. *d. cons. 308. num. 2. lib. 3.* Aluar. Valasc. *de iure emphyteot. q. 41. num. 5.* D. Valenç. *cons. 97. num. 55 & 56. lib. 1.* egregiè Anton. Fauer. *de errorib. pragmaticor. decad. 28. errore 8. per tot.* & latissimè Castill. qui de hoc diuersis locis egit; nam licet in primo eorum *lib. 3. controuersiar. cap. 29.* resoluiò, que era cõjectural su decision, prout ex disponentis voluntate vno, aut altero modo colligi valeret, vt constat ex *num. 20. eiusd. capit.* Sin embargo auiendolo mas considerado, afirmò despues en otras muchas partes, que en duda la regla era la que queda referida, videlicet, que en las palabras, *descendientes varones*, se comprehenden tambien los varones de las hembras: idque asseuerauit *lib. 5. dictarum controuersiar. tom. 6. c. 129 per tot.* vbi *num. 5. vers. fin.* explicans quod in *d. cap. 29.* scripserat, sic inquit: *Sanè ex superius dictis, & prout ego præsumptam mentem, & voluntatem*

luntatem disponentis,& legitimas coniecturas concurrere semper intelligi, quando in contrarium nullæ extant pro masculis ex masculis,quæ agnationis conseruationem inducant euidenter, & sola adest simplex masculorum vocatio,quæ sola vrgentes,& concludentes coniecturas pro masculorum ex fœminis admissione inducit,prout sæpè dixi,& Antonius Faber cõcludenter dicto errore 8.*probauit:& tunc quidem recedendum erit omnino à placitis ipsis Menochij,& maximè in Hispanorum primogenijs: idque ex eisdem Antonij Fabri considerationibus ibi, quæ pro masculis ex fœminis adeò verè concludunt,vt coniecturam præsumptæ voluntatis,quam egomet ipse ibi requiro,præseferant omnino pro masculis ipsis ex fœminis,*Et *n.* 6.*paulò.post princip.* subdit: *In dubio autem, & cum agnatio expræssè conseruata non fuit,vel eam conseruari intendisse disponentem ex manifestis coniecturis apparet,ex sola masculorum vocatione pro masculo ex fœmina iuris rationem,propriam verbi significationem,disponentis voluntatem,qui cum posset,contra masculos ex fœminis nihil expressit,& omnes cõiecturas extare,nisi euidentissimè ab alijs in contrarium euincantur.*Eandemque sententiam idemmet Castillo defendit *d.lib.*5.*cap.*131.*&* 132.*per tot.& cap.*133 §.*vnico,num.*2.&3.Ioan.Ant. Bellonus *cons.* 72.*&* 73.D.Larrea *decis. Granatens.* 34. *per tot.* latè Suelues omnino videndus *d.cons.*5.*per tot.lib.*3.donde en el num. 6. refiere 44. Autores que defienden esto mismo. Moronus *respons.*36.*n.*47.

19 Et ratio est quia masculus ex fœmina, & est de liberis, & est masculus, vt dixerunt Paul.Castrens.*in d.l.*1. *C. de conditionib. insert.num.*3.Marta *de successione legali d.p.*1 *q.*1.*art.*2.*num.*3. Castill. *d.cap.*131.*num.*1.*circa initium,*optime Anton.Fab. *de errorib. pragmatic.decade* 28.*d.errore* 8.ibi:*Nepos hic ex filia,de quo disputamus, & ex liberis est,& masculus:cum ergo ei conueniant verba conditionis, quid ni obsecro in conditione positus esse intelligetur? aut quid amplius est in nepote ex filio,vt videri debeat magis fuisse positus in conditione? an forte magis est ex liberis? an magis masculus? At ex masculis est fateor, sed cur dictionem masculus simpliciter prolatam,& sui natura aptam comprehendere masculos omnes etiam ex fœminis progenitos restringere volumus ad masculos ex masculis progenitos,ac si scriptum, & additum esset masculis ex masculis? An hoc est non solum diuinare,& supplere, sed etiam vim apertam verbis facere? Cur non sic loqui testator potuisset, si voluisset id?* Refert Castill.*lib.*5.*d.cap.*131.*num.*2.

20 Y aunque replica Barbosa *d. voto* 70.*num.* 27.quod non sequitur,*sunt masculi,& sunt descendentes;ergo sunt descendentes masculi,*sicut etiam non infertur,*Petrus est magnus,& est Logicus, ergo Petrus est magnus Logicus.*Esta replica es mal fundada,e indigna de pomer-

nerse en discurso de razon; porque quando los predicamentos se refieren a un sólo accidente, pueden entre si juntarse, y hazer vn compuesto verdadero: mas quando se refieren a diuersos, si se juntan, le hazen falso. Y assi pues los predicamentos, *masculi*, & *descendentes*, en el punto presente se refieren a un accidente solo, que es el parentesco, bien pueden ambos juntos componer contra Barbosa por assercion verdadera, que los sugetos en quien concurren, sunt *masculi descendentes*. Sin que por esso los predicamentos *magnus*, y *logicus* compongan que la persona en quien se hallan, sea *logicus magnus*, porque estos se refieren a dos diuersos accidentes, que el vno es la estatura corporal, y el otro el dote del entendimiento, & ideo cam consequentiam reprobat Eustachius *in summa filosophiæ parte prima primę partis tractat.3.disput.3.quæst 2.vers. Fallacia compositionis pag.mihi* 149. *&* 150. ibi: *Fallacia compositionis est, cum ex eo, quod secundum sensum diuisum verum est, deducitur aliud in sensu composito falsum, vt patet in hoc sophismate: Quicumque est bonus, & dialecticus, similiter est bonus Dialecticus. Sed Petrus est bonus, & Dialecticus. Ergo Petrus est bonus Dialecticus.*

21 Y si bien lo que Barbosa dize, que no se sigue es, quod masculi descendentes sint proprie descendentes masculi, nihilominus propriissimè lo son: Nam cum proprie sint descendentes, & proprie quoque sint masculi, proprie similiter descendentes masculi sunt: Quæ enim inter se non confunduntur, taliter coniunctim sunt ac separatim, *l. numquam plura delicta 2.ff.de priuat.delict.*

22 Y assi queda firme la razon de comprehenderse tambien en las palabras *descendientes varones*, los que lo son por via de hembra: quod nempè masculus ex fœmina, & est de liberis, & est masculus, vt præcitati Autores tradiderunt.

23 Aliaque non minus eleganti id probat Alciat. *cons.* 15.*num.*4.*lib.*8.ibi: *Quod si simpliciter dictum esset pro se, & descendentibus, comprehenderentur fœminæ, & earum descendentes cuiuscumque sexus: sed dictio masculis addita solum aduersatur fœminis: ergo debet stare firma dispositio respectu nepotum masculorum.*

24 Atque ita vt in re satis iuridica, pro masculis ex fœminis quam plura iudicarunt tribunalia: nam litè introducta super opulentissimo quodam primogenio sic decissum fuisse

teſtatur, D. Molin. *de primogen. lib. 3. d. cap. 5. num. 49. in fin.* & ſic quoque in Delphinali Senatu definitum eſt, vt retulit Guid. Pap. *deciſ. 621. num. 3.* & in Luſitano Gamma *deciſ. 294. num. 3.* Phebus *deciſ. 44. à num. 10.* & ſpius in Pedemontano, vt afferit Anton. Faber *in ſuo C. tit. de verbor. ſignificat. diffinit. 1. & 2.* & in Rota Romana, vt habetur *part. 1. diuerſor. deciſ. 6. & part. 2. deciſ. 51. num. 1. & deciſ. 150. num. 9.* quas, & alias determinationes commemorat Caſtill. *d. lib. 5. controuerſiar. cap. 133. §. vnico, num. 4.* & ab eo illas deſumens D. Larrea, *deciſ. 34. num. 21.* qui ipſius Caſtelli locum proſequens inquit quod in noſtris tribunalibus paſsim pro maſculo ex fœmina pronuntiatur, quando expreſſe non cauetur de agnatione conſeruanda, & ſubdit: *Ita ex Molina prædictas referens deciſiones, & alias Regni Aragonum, & plures Hiſpaniæ, ex D. Valençuela Velazquez, Souſci Gratiano, Bellono, & alijs notauit D. Caſtill. vbi proximè, cap. 133. §. vnico, num. 4. & 5.*

25 Quibus iungitur Prætorij Granatenſis illamet deciſio, quæ potius Senatus Supremi definitio eſt, ſiquidem ab eo extitit finali prolatione roborata: pro cuius ſpecie totum illum egit locum D. Larrea, eandem num. 22. ſic collocans: *Senatus ad aliam Aulam lite remiſſa pro maſculo ex fœmina contra lineam alterius conſanguinei ſubſtituti pronuntiauit, & cauſa ſecunda ſupplicatione cum pœna mille quingentarum auri duplarum ad Regem delata, Magni conſilij decreto Cancellariæ ſententia confirmata fuit.*

26 Y tambien refiere Suelues *d. conſ. 5. num. 7. lib. 3.* otras muchas deciſiones de la Rota, y algunas de Francia, y Saboya, Portugal, y Cataluña, en que aſsi ſe a determinado.

27 Hoc que ita quotidie practicari teſtatus eſt Flores de Mena ad Gammam *en la adicion de la dicha deciſion 294.* que en la impreſsion de Antuerpia eſtà pueſta por yerro en la *deciſion 295.*

28 Et in Hiſpania multo magis ſententia hæc eſt recipienda: in his namque Regnis omnia verba teſtatoris ad literã, & prout in carta ſunt, debent intelligi, vt expreſſe cauetur in *l. 5. in princ. tit. 33. part. 7.* ibi: *Las palabras del facedor del teſtamento deuen ſer entendidas llanamente, aſsi como ellas ſuenan, è non ſe deue el juzgador partir del entendimiento dellas, fueras ende quando pareciere ciertamente que la voluntad del teſtador fuera otra, que non como ſuenan las palabras que eſtàn eſcritas.* Et vbi viget ſtatu-

tum

tum, quod verba ad litteram intelligantur, excluditur omnis interpratatio, & coniectura: eaque solum operantur, quæ corporeis oculis videntur, non quæ solo intellectu percipiuntur, vt dixit Bald. *in l. 2. C. de patrib. qui filios suos distraxerunt, num.* 11. laté Roland. â Valle, *cons.* 51. *à num.* 12. *& cons.* 62. *à num.* 36. *volum.* 3. inquiens quod eo casu iudex stare debet cartæ, seu instrumento, & ei tenetur inherere, & secundũ quod in eo scriptum est, iudicare, nec subauditiones, aut conjecturales intellectus, vel extensiones, aut interpretationes admittere. Plures cumulat Suelues *cons.* 17. *n.* 5. *lib.* 1.

29 Y aunque este mayorazgo se fundò por escritura entre viuos, y la ley referida de Partida trata de testamentos solamente, lo mismo se a de entender de los contratos: nam ad eos ab vltimis voluntatibus valet argumentum, *l. pactum inter hæredem* 47. *ff. de pactis*, Fachin. *cons.* 2. *num.* 21. *lib.* 3. Et licèt hoc procedat vbi ratio diuersitatis non inuenitur inter cõtractus, & vltimas voluntates, vt dicunt Euerardus *in locis argumentorum loco* 36. *de contractib. ad vltim. voluntat. & contra num.* 2. Barbos. *in eisd. locis, loco* 122. *num.* 1. Decian. *cons.* 41. *num.* 102. *vol.* 1. Iacob. Gall. *cons.* 68. *num.* 33. hic tamen tantùm ab est quod diuersitatis ratio ad constituendum discrimen inter contractus, & vltimas voluntates reddi posit, quod potius in contractibus ratio maior viget, vt in eis verba ad litteram, & sine interpratatione capiantur, cum incõtractibus stricte verba sint intelligenda, *l. quidquid ad stringendæ* 99. *ff. de verbor. obligat.* Casanat. cum alijs *cons.* 45. *a num.* 13. in testamentis vero plenius voluntates testantium interpratendæ, *l.* 12. *ff. de regul. iur.* & vtrumque probat, text. *in cap. cum dilecti* 6 *in fin. extra de donatio nib.* ibi: *In contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficijs quoque plenissima est interpretatio adhibenda.* Si ergo, en lo que es mas capaz de interpretacion la ley de Partida la deniega, quanto mas se juzgara que la excluyò en lo que menos la admite.

30 Pero nada de lo dicho es necessario en el mayorazgo de este pleyto, porque la vltima parte de la clausula de los llamamientos dèl dize en esta forma: *E si, lo que Dios no quiera, todos los dichos mis hijos, è hijas, que al presente tengo, è tuuiere, murieren sin dexar hijos, ù descendientes varones de legitimo matrimonio nacidos, aunque dexen hembras, en tal caso quiere, y mando, que*

los dichos mis bienes se repartan en esta manera: y señala ciertas obras Pias, en quien manda se haga essa distribucion. Las quales palabras manifiestan que los llamamientos anteriores de varones comprehendieron los agnatos, y cognatos: porque en ellas el fundador distinguiò dos especies de personas: vna fue de las que auian de faltar para que las obras Pias sucediessen: y otra de las que aunque no faltassen, no auian de impedirles essa sucession. Sed sic est, que qualquier persona, cuya falta fuesse necessaria para suceder las obras Pias, auia de ser forçosamẽte llamada, porq̃ si no, no era menester faltasse para q̃ ellas sucediessen. Ergo todos los inclusos en la primera especie de las dos propuestas eran llamados a la sucession del mayorazgo. Et sic etiam est, que en la especie segunda no se comprehendieron mas que hembras, como lo prueua auer dicho el Fundador en las palabras referidas, *aunque dexen hembras*. Ergo, la especie primera fue de todos los varones assi cognatos, como agnatos, *princip. Institut. de his qui sunt sui vel alien. iur.* ibi: *Videamus itaque de ijs, quæ alieno iuri subiectæ sunt, nam si cognouerimus quæ istæ personæ sunt, simul intelligenuis quæ sui iuris sunt.* Id que etiam patet, porque si en la pimera especie no dexara el fundador inclusos los cognatos, no dixera solamente en las dichas palabras *aunque dexen hembras*, sino añadiera, *ù varones dellas*; luego el auerlo omitido fue boluer a declarar que dexaua llamados todos los varones.

31 Quod iterum probatur, con que si en los llamamientos de varones, que ya tenia hechos, no huuiera comprehendido los cognatos, los dexaua sin llamamiento alguno, y succedieran las dichas obras Pias sin suceder ellos jamas, sin embargo de ser sus descendientes: lo qual el derecho no presume, ni lo admite, sed potius prohibe tal interpretacion, è inteligencia, sino es en caso de auerlo assi dispuesto el Fundador expressa, y claramente, *l. cũ auus* 101. *ff. de conditionib. & demonstrat. l. cũ acutissimi* 30. *C. de fideicommiss. l.* 10. *tit.* 4. *part.* 6. Sed hic nullatenus interfuit ea expresio. Ergo, aunque quiera dezirse no auerse incluido los cognatos en los dichos llamamientos, no se puede, porque es contra derecho.

32 Abhorreatque â mente imaginar, como quiere la otra parte persuadir, que las dichas palabras denotaron quedar en tanto grado exclusas las hembras no hijas del Fundador, y los

y los varones descendientes dellas, que aun en caso de faltar los llamamientos expressos no les dexaron facultad de suceder, sino interpusieron luego las dichas obras Pias. Porque aũque esta es legitima consideracion contra las hembras, contra los varones es errada, pues essos mismos expressos llamamiẽtos que la otra parte refiere, comprehendieron todos los varones assi cognatos como agnatos, segun latamente se à prouado hasta aqui. Y assi los varones, de quien hazen mencion las palabras susodichas, son todos los llamados, pero no vna especie dellos solamente, ni tal puede arguirse de lo que ellas dizen, pues solo llaman a las obras Pias a falta de los varones, y essos varones se entienden los mismos que estauan antes llamados, y no vna parte dellos sola.

33 Y quando no tuuiera Don Ioseph palabras de la fundacion tan euidentes para conuencer, que los llamamientos de varones comprehendieron agnatos, y cognatos, es essa comprehension firme en derecho, como largamente queda comprouada *à num.* 16. y la confiessa Agustin Barbosa, de quien la otra parte alega en contrario los dos lugares arriba referridos *num.* 10. y 15. que son el *voto* 7. *à num.* 13. *lib.* 1. y *el voto* 70. *à num.* 5. *lib.* 2. porque en este vltimo en el *num.* 18. aduierte que todo lo que èl defiende de incluirse en essos llamamientos de varones no mas que varones de varones, se entiende solamente quando aliunde se prueua que es el mayorazgo de agnacion: id quod etiam agnoscit Castill. *in verbis supra transcriptis num.* 18. Dom. Larrea *in præallegata decis.* 34. *num.* 23. Suelues *d. cons.* 5. *num.* 20. *lib.* 3. Lo qual nil mirum que se admita, porque hazer de agnacion el mayorazgo, es establecer, y preuenir, que no han de suceder en el mas varones que los de varones: y con esso quando en el discurso de su contexto se hazen llamamientos de varones, se entiendẽ en conformidad de essa misma preuencion, *l. seia.* ibi: *Propter legẽ in exordio datã, ff. de mort. caus. donat.* De q̃ se sigue q̃ este caso exceptuado cõfirma mas la regla sobredicha de cõprehẽder los llamamiẽtos de varones los agnatos, y cognatos *l. vna quod liquide* 4 *ff. de penu legat.*

34 In præsenti autem nulla probatio reperitur de que el mayorazgo sea de agnacion; y esso solo basta para deuer juzgar que no lo es; porque en duda siempre se presume no ser de agnacion los mayorazgos, vt tradit D. Molin. *de primogen. lib.*

 2.

2.*cap.*1.*per tot.præcipue num.*3. Mier. *de maioratib.part.*1.*quæst.*3. & magis expresse Castill.*lib.* 5.*controuersiar. cap.*131. *num.* 21. pro vt generale est in quacumque dispositione, vt agnationis conseruandæ gratia nunquam facta censeatur, Bart.*in l. liberorum* 220.*ff.de verbor.significatione num.*12.*in fin.*Gratus *cons.*19. *num.*30. & *cons.*38.*num.*14.*lib.*1.& cum alijs Casanat.*cons.*38. *num.*78.ideoque agnationis ratio minimè præsumitur,sed probari ab illo debet, quinititur eadem, vt ex Socino, & Mantica notat ipse Casanat.*cons.*50.*num.*29. & latius probat Aluarado *de coniecturat.mente defuncti lib.*2.*cap.*3.§.4.*à n.*8.

Quinimo ay en este pleyto conjecturas contrarias â agnacion.

35 Vna auer el Fundador llamado hembras, y varones dellas, como lo fueron Doña Eluira, y Doña Isabel sus hijas, y otra qualquier hija, que Dios le diesse, y los descendientes legitimos varones dellas. Quoniam absque dubio est, quod si in aliqua maioratus parte, siue clausula fœminæ vocatæ sint, non agnationis ratio habita censetur, vt affirmat D. Molina *de primogen.lib.*3 *cap* 5 *num.*50.ibi: *Septima conclusio quod quoties in aliqua parte, siue clausula primogenij vocantur fæminæ, etiam si pluries in eo primogenio masculi vocati fuerint, in eo non censetur habita agnationis ratio, sed solum prælatio masculis tributa.* Sequuntur Aluarado *de coniecturata mente defunct.lib.*2.*cap.*3.§.4.*num.*29. & 43. Ioan.Gutier.*cons.*13.*num.*23. Castill.*lib.*2.*controuersiar. cap.*4.*num.*178. D. Valençuel.*cons.*97.*num.* 43. Ramon. *cons.* 100.*num.*406.Giurb.*decis.*32.*num.*15.& 20.Marta *cons.*67.*n.* 8.Casanat.cum plurib.*cons.*4.*num.*205.*in princ* inquiens quod ex hoc tantum, alio non apparente, omnes agnationis coniecturæ destruuntur, Farinac. *decis. Rot.Roman.* 667.*num.* 10.*ex med.tom.*4. Idque adeo verum est, vt in quacumque parte testamenti vocatio fiat fœminarum, satis sit ad rationem agnationis excludendam, vt testatur cum alijs ipse Farinac. *decis.eiusd. Rot.*538.*num.*3.*d.tom.*4. quia debet fœmina semper excludi, & nullo casu admitti, vt maioratus agnationis sit, vt concludit Perez de Lara *de vita homin.cap.*30.*num.*96.*in fin.* Et similiter idem quoque est cum masculi ex fœminis vocantur, quia nec tunc censetur agnatio contemplata, vt resoluit D. Molin. *vbi proxime d.num.*10.*vers.Ex quibus infertur,* Valéçuel.*d.cons.*97. *num.*43. Mieres *de maioratib.p.* 2.*quæst.* 6. *num.* 65. & *in noua*

edit.

*edict.num.*295. donde en terminos terminantes deste pleyto dize: *Vnde siquis faciat maioratum, & vocet filios ex aliqua filia, quanuis prius masculos vocauerit, veniunt masculi ex fœminis in tali successione maioratus*, Castill. *lib.* 5. *controuersiar. cap.* 92. *num.*15.

36 Y es tan vrgente presuncion la que resulta de auer el Fundador llamado hembras, y varones dellas in aliqua dispositionis parte, de que en otra, aunque anterior, vbi de masculis duntaxat meminit, non ad agnationem se restrinxerit, quod vt contrarium credatur, opus est, vt suo ore id dilucidè testatus fuerit, vt defendit D. Molin. *de primogen d.lib.*3. *cap.*5. *num.* 50. *in prædict. vers. Ex quibus infertur*, vbi idem concludunt eius Additiones in *vers. Aut agnatio contemplatur, & vers. Secũdus casus est in fin.*

37 Otra auer excluido el Fundador las hembras solamente, y no varon alguno: pues esto fue demostracion notoria de no auer querido excluir a los varones de hembras, pues si quisiera, de la misma manera lo expressara, supuesto que no auia de tener igual intento en ambas especies de personas, y declararle en la vna, y no en la otra, & exclusio fœminarum inducit vocationem indistinctam masculorum, Aymõ Crauet. *cons.*130, *num.*4. *lib.*1. Menoch. *cons.*393. *num.*21. *lib.*4.

38 Y demas destas conjecturas exclusiuas de agnacion, reprueua toda presuncion della la Prematica del año de 1615. que es la *l.*13. *tit.*7. *lib.*5. *Recopil.* que dize: *Declaramos, y mandamos que las hembras de mejor linea, y grado no se entienda estar exclusas de la sucession de los mayorazgos, vinculos, Patronatos, y aniuersarios, que de aqui adelante se fundaren: antes se admitan a ella, y se prefieran a los varones mas remotos, assi a los varones de hembras, como a los varones de varones: sino fuere en caso que el Fundador las excluyere, y mandare que no sucedan, expressandolo clara, y literalmente: sin que para ello basten presunciones, argumentos, ò conjecturas por precisas, claras, y euidentes que sean.* Porque aunque la disposicion desta ley se formô solo en las hembras, milita su razon tambien en los varones dellas respeto de los de varones, porque essa razon fue no permitir se quiebre lo regular de la succession de mayorazgos por presunciones, ò indicios: y essa succession se ofrece no solo en las hembras, sino en los varones dellas: & vbi diuersitatis ratio non potest reddi

eadem

eadem est iuris dispositio *l. à Titio 108. ff. de verb. obligat. l. cum multæ 20. in princip. C. de donationib. ante nupt.*

39 Et similiter, aunque esta ley dispuso en los mayorazgos futuros, es forçoso obre lo mismo en los que estàn ya fundados: porque las conjecturas en los vnos, y en los otros son de igual ineficazia, pues no tienen mas significado en los anteriores a esta ley que en los a ella subsiguientes. Y la causa de hablar en las fundaciones venideras, y no en las que estauan hechas antes, fue porque no pareciesse disponia en lo passado, pero en la sustancia su declaracion influyò en todas.

40 Opone Don Iuan que el fundador vsò diuersas vezes de la palabra *varones*, y que la geminacion, y repeticion desta palabra, es presuncion de agnacion, vt notat Auendañ. *in l. 40. Tauri glos. 9. à num. 54. vsque ad 56.*

41 Pero esta proposicion no es cierta, porque quando la palabra *varones* se pone sola sin dezir *varones de varones*, aunque muchas vezes se repita, no es indicio de agnacion, sino de simple, y nuda masculinidad, y de que solo quiso el Fundador preferir los varones a las hembras, pero no vnos varones a otros. Sic explicuit Rota apud Farin. *decis. 667. num. 10. tom. 4.* ibi: *Huic obiectioni pluribus modis responderunt Domini. Et primo, ex repetitione masculinitatis non induci necessario rationem contemplatæ agnationis: magna enim differentia est inter consideratam masculinitatem, & agnationem: licèt enim testator prædilexerit masculos, non ideo sequitur testatorem legem agnationi suæ dedisse.* Idem tradit D. Larrea *d. decis. 34. num. 46.* Y esto es lo mismo, que los Autores contrarios han querido dezir, pero confunden los terminos, vsando de palabra *Agnacion* en lugar de *prelacion contra hembras*, vt patet ex eodē Auendaño pro contraria parte adducto in loco proximè citato, porque pone la questicn en el *num. 54.* inscribens: *An ex masculinitatis geminatione intelligatur institutorem agnationem conseruare voluisse ita quod fœminæ proximiores à masculis remotioribus excludantur.* Y no dize, *ita quod masculi ex fœminis à masculis ex masculis remotioribus censeantur exclusi.* Y en el numero siguiente inquit: *Huiusmodi enim masculinitatis geminatio fungitur vice specialis nominationis, & in masculis tantum facit verificari dispositionem,* y no dixo *in masculis ex masculis*, y en el *num. 56.* añadio: *Et inducit plenam deliberationem excludendi fœminas,* & si

mis

militer no dixo *excludendi masculos ex fœminis*. Demanera que por todas sus palabras consta que quanto se pondera de la palabra *varones* diuersas vezes repetida, es solo contra las hembras, pero no contra los varones dellas; alias namque verbum illud aduersus se operaretur, & omnis masculea primogenij dispositio incideret in agnatitiam; non enim possibile est nudę masculinitatis maioratum ordinare, vsando vna vez no mas de la palabra varones. Quare hanc eandem sententiam manifeste probat textus *in l.2.col.1.tit.18.part.3.* ibi: *Nombrando primeramente el mayor que deue ser heredero, è despues los otros fijos varones, vno en pos de otro, segun que fuere mayor de dias; è si varō non ouiesse, la fija mayor, è despues las otras, assi como diximos de los fijos.* Quo sermone geminum lex illa habet verbum *masculus*, & nihil ominus non de agnatione fuit loquuta.

42 Y es lugar tambien en terminos el consejo ya citado 72. de Iuan Antonio Belono, porque en el mayorazgo, que refiere, vsò el fundador muchas vezes de la palabra *varon*, y sin embargo lo que defiende es, que los llamamientos de varones comprehendieron tambien los varones de las hembras.

FVNDAMENTO SEGVNDO.

43 El segundo fundamento es el de la linea, porque la de Don Alonso de Aualos, en que Don Ioseph se halla como nieto suyo, no solo tiene la prerrogatiua de auerla preferido, y antepuesto el Fundador a toda la de Doña Eluira, como arriba se notò *num.* 8. sino la ventaja de ser la linea misma en que el mayorazgo entroncò, y à estado hasta aora, con que deue continuarse en Don Ioseph, que es el varon vnico della: nam ea linea, inquam simel peruenit successio maioratus, debet omnino euacuari antequam transitus ad aliam fiat, *cap.1.§.fin. de natura succession. Feud. l. tutela §. sed, & si ab hostibus, ff. de legit. tutorib.* Socin. *in l. si cognatis, ff. de rebus dubijs num.* 14. D. Valençuel. *cons.* 97. *n.* 11. Ioan. Gutierr. *cons.* 13. *n.* 11. & 12. Castill. *lib.* 5. *controuersiar. cap.* 93. *n.* 4. Ramon. *cons.* 100. *n.* 422. & cum innumeris Giurb. *de feudis cap.* 118 §. 2. *glos.* 10. *n.* 21. Frāc. Anton. Cost. *cons.* 5. *n.* 49. *lib.* 1. Fontan. *decis.* 35. *n.* 7. & 26.

+ adde Paulo de Castro cons. 164 n. 8 lib. 2 Molin. lib. 3 c. 4 n. 12, nam dum [illegible] linea neq. gradus computantur neq. sexus differentia attendi[illegible] per Samuel deci[illegible] 354 Molina lib 3 c. 5 n. 71

FVNDAMENTO TERCERO.

44 El vltimo, y tercero fundamento es el del grado, pues siendo Don Ioseph hijo de hermana de Don Aluaro vltimo posseedor del mayorazgo, euidente es quanto mas cercano a el se halla que Don Iuan. Et gradus proximior alios superat, *l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de leg. 2. l. peto, §. fratre, ff. eodem*, D. Molin. *de primogen. lib. 3. cap. 4. n. 13. vers. 2.* Ioan. Gutierr. *Canonicar. quæst. lib. 2. cap. 14. n. 49. in princip.* y esta proximidad de grado en los mayorazgos de España, se considera respeto del vltimo posseedor, vt communis est sententia quam obseruat totius Hispaniæ vsus, teste D. Molin. *lib. 3. cap. 9. n. 20. ad fin.* cui plures cumulant eius Additiones ibid.

Ex quibus, Don Ioseph espera la determinacion en su fauor. Salua in omnibus, &c.

Lic. Don Rodrigo Venegas.